

**Recente arresten van het EHRM in verband met artikel 10 EVRM
(vrijheid van meningsuiting en informatie)
September 2010**

**Dirk Voorhoof
AM 2011/1, 55-65**

**Recente arresten van het E.H.R.M. in verband met artikel 10 E.V.R.M. (vrijheid van meningsuiting en informatie)
September 2010**

**Arrêts récents de la C.E.D.H. se rapportant à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (liberté d'expression et d'information)
Septembre 2010**

- *Sanoma Uitgevers B.V. t. Nederland* (Grote Kamer), 14 september 2010, Appl. no. 38224/03
- *Dink t. Turkije*, 14 september 2010, Appl. nos 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 en 7124/09
- *Hyde Park e.a. (nr. 5 and 6) t. Moldavië*, 14 september 2010, Appl. nos. 6991/08 en 15084/08
- *Turgay e.a. (nrs. 2-5) t. Turkije*, 21 september 2010, Appl. nos. 13710/08, 16345/08 en 19652/08; nos. 21950/08, 23173/08, 23182/08 and 23200/08; nos. 29572/08, 55180/08, 55427/08, 56294/08, 60443/08 en 61438/08 en nos. 32869/08, 35022/08 en 39904/08
- *Polanco Torres en Movilla Polanco t. Spanje*, 21 september 2010, Appl. no. 34147/06

en beslissingen inzake *Urban t. Polen*, 7 september 2010, Appl. no. 29690/06; *Eckhardt en Gabriele Müller t. Duitsland*, 14 september 2010, Appl. no. 43829/07; *Rose t. Duitsland*, 14 september 2010, Appl. no. 51001/07; *Birk-Levy t. Frankrijk*, 21 September 2010, Appl. no. 39426/06; *92.9 Hit FM Radio GMBH t. Oostenrijk*, 30 september 2010, no. 6754/05 en *Balenović t. Kroatië*, 30 september 2010, Appl. no. 28369/07.

In een arrest van 14 september 2010 heeft de Grote Kamer van het Europees Mensenrechtenhof, unaniem, het journalistiek bronnengeheim een ferme duw in de rug gegeven door het eerdere arrest van de derde sectie van het Hof in de zaak Sanoma Uitgevers B.V. t. Nederland van tafel te vegen (E.H.R.M. 31 maart 2009, Sanoma Uitgevers B.V. t. Nederland, AM 2009/3, 282-283). In toepassing van art. 10 E.V.R.M. moeten volgens de Grote Kamer stevige procedurele waarborgen het journalistiek bronnengeheim ondersteunen. Politie en parket mogen geen onbetamelijke druk zetten op redacties en journalisten en ook niet zelf tot actie overgaan: een bevel tot mededeling of de inbeslagneming van documenten die mogelijks de identiteit van journalistieke bronnen kunnen onthullen, mag enkel na beslissing door een rechter of een andere onafhankelijke en onpartijdige instantie (E.H.R.M. (Grote Kamer) 14 september 2010, Sanoma Uitgevers B.V. t. Nederland). Dezelfde dag deed het Hof ook uitspraak in de zaak Dink t. Turkije: uit het arrest blijkt dat de Turkse autoriteiten gefaald hebben om het leven van de journalist Firat (Hrant) Dink te beschermen en om zijn expressievrijheid te waarborgen. Dink werd vermoord in 2007 en zijn familie bekloeg zich in Straatsburg over de schending van art. 2 (recht op leven), art. 10 (expressievrijheid) en art. 13 E.V.R.M. (recht op effectief rechtsmiddel). Dink was directeur en hoofdredacteur van een Turks-Armeens weekblad waarin hij een reeks artikels had gepubliceerd die heel wat controverse hadden opgeroepen in verband met de Turks-Armeense kwestie en de gebeurtenissen in 1915. Omwille van die artikels was hij vervolgd op beschuldiging van het beledigen van de Turkse identiteit. Tot op het moment dus dat hij vermoord werd. Een onderzoek naar de verantwoordelijken van de moord op Dink werd gevoerd, enkele verdachten werden geïdentificeerd, maar niet gestraft. Het Hof stelt een

inbreuk vast op art. 2 art. 10 en art. 13 E.V.R.M. (E.H.R.M. 14 september 2010, Dink t. Turkije). Deze beide arresten worden verder grondig toegelicht.

Het andere arrest van 14 september 2010 houdt verband met de collectieve uitoefening van de expressievrijheid in Moldavië. Het Hof is van oordeel dat het politieoptreden tegen een reeks vreedzame betogingen, de aanhouding van de demonstranten en de boetes die een aantal van hen moesten betalen, een inbreuk zijn op art. 11 E.V.R.M. , “in the light of Article 10”. Het arrest bevat een goed gedocumenteerd overzicht van de rechtspraak van het Hof betreffende de toepassing van art. 10 en 11 E.V.R.M. in verband de betogingsvrijheid, de mogelijkheid van het opleggen van een voorafgaande toestemming, de kenmerken van het politieoptreden en het al niet onevenredig karakter van aanhoudingen, strafvervolgning en veroordelingen. Het Hof herhaalt o.a. de zienswijze dat “any measures interfering with the freedom of assembly and expression other than in cases of incitement to violence or rejection of democratic principles – however shocking and unacceptable certain views or words used may appear to the authorities – do a disservice to democracy and often even endanger it” (E.H.R.M. 14 september 2010, Hyde Park e.a. (nr. 5 and 6) t. Moldavië).

In een reeks arresten van 21 september 2010 is Turkije veroordeeld wegens schending van art. 10 E.V.R.M. omdat de tijdelijke sluiting van een aantal media als een soort censuurmaatregel wordt aangemerkt. Tot tijdelijke verspreidingsverboden was beslist wegens inbreuk op de antiterrorismewet, omdat sommige artikels die in de betreffende magazines of weekbladen gepubliceerd waren, althans volgens de Turkse rechtscolleges, als propaganda waren te beschouwen voor de terroristische organisatie PKK/KONGRA-GEL. Het Hof verwijst naar eerdere analoge zaken waarin het eveneens tot de vaststelling kwam dat een tijdelijk publicatie- en verspreidingsverbod van een krant of weekblad een praktijk is die niet noodzakelijk is in een democratische samenleving: “The Court notes that it has recently examined a similar complaint and found a violation of Article 10 of the Convention in the case of Ürper and Others (..), where it noted in particular that the practice of banning the future publication of entire periodicals on the basis of section 6(5) of Law no. 3713 went beyond any notion of “necessary” restraint in a democratic society and, instead, amounted to censorship. The Court finds no particular circumstances in the instant case which would require it to depart from this jurisprudence. There has accordingly been a violation of Article 10 of the Convention” (§ 17-18) (E.H.R.M. 21 september 2010, Turgay e.a. (nrs. 2-5) t. Turkije).

Het arrest in de zaak Polanco Torres en Movilla Polanco t. Spanje betreft weliswaar een klacht in verband met art. 8 E.V.R.M., maar de zaak heeft in essentie wel te maken met de bescherming van de expressievrijheid. In Straatsburg klaagden de weduwe en dochter van een ondertussen overleden vooraanstaand magistraat in Spanje de schending aan van het recht op privacy en eer en goede naam naar aanleiding van een publicatie in de krant El Mundo. Een artikel in El Mundo had zowel de rechter als zijn vrouw in opspraak gebracht naar aanleiding van onwettige financiële transacties. Finaal, na een arrest van het Grondwettelijk Hof, ging El Mundo vrijuit, in essentie omdat het gewraakte artikel steunde op betrouwbaar en voldoende gecontroleerd bewijsmateriaal en verband hield met een maatschappelijk belangrijke kwestie. Bovendien gaf het artikel ook de opvatting weer van de klagers, die de aantijgingen ontkenden of voor bepaalde bezwarende feiten een verklaring hadden. Volgens klagers waren de Spaanse autoriteiten tekort geschoten in hun positieve verplichting om hun recht op privacy, daaronder begrepen het recht op eer en goede naam, of effectieve wijze beschermen. Het E.H.R.M. is volgt de zienswijze van de klagers niet, benadrukkend dat in deze context bij de invulling van de bescherming van het recht op privacy (art. 8) rekening

*moet worden gehouden met de toepassing van art. 10 E.V.R.M. en het recht van de media om, binnen de grenzen van hun plichten en verantwoordelijkheden, verslag uit te brengen over zaken van maatschappelijk belang. Het Hof gaat daarom na of de Spaanse autoriteiten in deze zaak een juist evenwicht hebben gevonden tussen het recht op privacy en het recht op expressievrijheid: “Il incombe à la Cour de déterminer si l’État, dans le contexte des obligations positives découlant de l’article 8 de la Convention, à ménagé un juste équilibre entre le droit du requérant à la protection de sa réputation, élément intégrant du droit à la protection de la vie privée, et le droit de la partie adverse à la liberté d’expression protégée par l’article 10 de la Convention (...). Le paragraphe 2 de l’article 10 reconnaît que la liberté d’expression peut être soumise à certaines restrictions en vue de protéger la réputation d’autrui. Par ailleurs, la notion de « droits d’autrui » que renferme cette disposition englobe le droit à l’intégrité personnelle et permet de motiver une restriction à la liberté d’expression, pour autant que l’atteinte visant à protéger la vie privée soit proportionnée” (§ 41). Het Europees Hof maakt duidelijk dat ook kritiek op leden van de rechterlijke macht de bescherming kan invoeren van art. 10 E.V.R.M.: “S’il s’avère souvent nécessaire de protéger les magistrats des attaques graves et dénuées de tout fondement, il est vrai aussi que leur attitude, même en dehors des tribunaux et surtout quand ils se servent de leur qualité de magistrats, peut constituer une préoccupation légitime de la presse et contribue au débat sur le fonctionnement de la justice et la moralité de ceux qui en sont les garants” (§ 42). Na een omstandige analyse van de feiten en de rechtspraak van de Spaanse rechtscolleges is het Hof van oordeel dat de Spaanse autoriteiten niet zijn tekort geschoten in hun positieve plicht tot bescherming van het recht op privacy van klagers. Het Hof merkt finaal op “que les motifs avancés par le Tribunal constitutionnel afin de protéger la liberté de communiquer des informations étaient suffisants pour primer face au droit des intéressés à la protection de leur réputation, eu égard notamment à l’intérêt général de l’information litigieuse et au respect par le journaliste de son devoir de diligence. Dès lors, rien ne permet de conclure que, dans la mise en balance du droit à la protection de la vie privée des requérantes, au sens de l’article 8 de la Convention, et des intérêts concurrents qui se trouvaient en jeu, le Tribunal constitutionnel a dépassé la marge d’appréciation qui lui est reconnue. En conséquence, il n’y a pas eu violation de l’article 8 de la Convention” (§ 53-54). In een dissenting opinion legt de Sloveense rechter Zupančič uit waarom hij van oordeel is dat er wel een inbreuk is op art. 8 E.V.R.M. en waarom hij vindt dat El Mundo niet op correcte wijze is tewerk gegaan. Hij stelt : “Soutenir, comme le fait la majorité en l’espèce, qu’une vérification et confirmation *pro forma* de la source suffit, revient à abaisser de manière inacceptable le niveau de protection de l’individu contre une conduite non professionnelle ou malveillante” (E.H.R.M. 21 september 2010, Polanco Torres en Movilla Polanco t. Spanje).*

Vermeldenswaard is zeker ook de beslissing van 14 september 2010 tot niet-ontvankelijkheid van een klacht, eveneens wegens een vermeende inbreuk op art. 8 E.V.R.M.. Deze zaak houdt verband met de publicatie van een foto in de media : de klagers voerden een schending aan van het recht op afbeelding omdat de Duitse rechtscolleges geen schadevergoeding hadden toegekend voor het ongeoorloofd want zonder hun toestemming publiceren van een foto van hun overleden zoon. Het Europees Hof bevestigt enerzijds de pertinentie van de vaststelling door de Duitse rechtscolleges dat het publiceren, zonder toestemming van de nabestaanden, van een foto van een jonge man die tot zelfdoding was overgegaan, een inbreuk was op het persoonlijkheidsrecht van klagers, mede in relatie tot het recht op afbeelding zoals beschermd door art. 22 van de Duitse auteurswet betreffende werken van beeldende kunst en foto’s: “Dans la présente affaire, la Cour note que le tribunal régional et la cour d’appel ont reconnu que la publication de la photo de leur fils et du texte accompagnant celle-ci s’analysait en une ingérence illicite dans le droit des requérants à la protection de leur personnalité. Les deux

juridictions ont relevé à cet égard que le quotidien n'avait pas obtenu le consentement des requérants, pourtant nécessaire en vertu des articles 22 et 23 de la loi sur les droits d'auteur dans le domaine artistique, et que la publication avait notamment enfreint le codex de la presse en raison de la communication de détails relatifs à la victime du suicide”. *Het Hof vindt evenwel niet dat de weigering tot toekenning van een schadevergoeding wegens inbreuk op de rechten van klagers, een schending impliceert van art. 8 E.V.R.M. Het Europees Hof wijst erop* “que la cour d'appel a estimé que, suivant une jurisprudence bien établie de la Cour fédérale de justice, l'existence d'une ingérence illicite dans le droit à la protection de la personnalité ne justifiait l'octroi d'une compensation pécuniaire que s'il existait une atteinte grave au droit à la protection de la personnalité et si les intéressés ne pouvaient être dédommagés d'une autre manière. Sur ce point, la cour d'appel a observé que l'article n'avait pas dépassé la limite du tolérable car son contenu, comme cela avait été montré par la suite, correspondait à la vérité et qu'il ne comportait pas d'éléments portant atteinte à la réputation des requérants. De même, la photo litigieuse, montrant le fils de son vivant, ne présentait pas de particularités”. *Een schadevergoeding drong zich dus niet op, ook al waren de media in de fout gegaan door de foto van hun overleden zoon te publiceren*: “Au vu de ce qui précède, eu égard à l'absence de considérations arbitraires ou déraisonnables de la cour d'appel et compte tenu de la marge dont jouissent les Etats contractants en la matière, la Cour estime dans les circonstances particulières de l'affaire que l'Etat a assuré une protection suffisante aux requérants” (*E.H.R.M. 14 september 2010, Eckhardt en Gabriele Müller t. Duitsland, Appl. nr. 43829/07*).

Ook volgende beslissingen leidden telkens tot de niet-ontvankelijkheid van de klacht in Straatsburg: Urban t. Polen, 7 september 2010 (betreffende de veroordeling wegens belediging van de Paus. Geen uitputting nationale rechtsmiddelen); Rose t. Duitsland, 14 september 2010 (tuchtmaatregel tegen soldaat wegens publicatie van artikel in verband met de oorlog in Irak en lasterlijke kritiek op zijn militaire oversten. Duitse rechtscolleges zijn bij bevestiging van ontslag binnen hun appreciatiemarge gebleven); Birk-Levy t. Frankrijk, 21 september 2010 (klacht betreffende taalgebruik in Parlement in Frans-Polynesië, buiten toepassing art. 10 E.V.R.M.); 92.9 Hit FM Radio GMBH t. Oostenrijk, 30 September 2010 (weigering tot toekenning van omroeplicentie, geen aanwijzing van een schending van art. 10 E.V.R.M.) en Balenović t. Kroatië, 30 September 2010 (ontslag van werknemster wegens interview in krant waarin ze kritiek uitte op het management van het overheidsbedrijf waarin ze werkte en vooral wegens ongefundeerde aantijgingen van corruptie en fraude).

Hoewel het overzicht van de rechtspraak van het E.H.R.M. voor de periode oktober-december 2010 pas in een volgend nummer aan bod komt, vermelden we alvast dat het arrest in de zaak Aksu t. Turkije (E.H.R.M. 22 juli 2010) waarover eerder in deze rubriek gerapporteerd werd (A&M 2010/5, xxx) niet definitief is omdat de zaak op 22 november 2010 in toepassing van art. 43 E.V.R.M. door het panel van vijf rechters naar de Grote Kamer van het Hof is verwezen. De zaak houdt verband met het niet-optreden van de Turkse autoriteiten tegen publicaties die als stereotyperend, beledigend en discriminerend werden ervaren voor Roma, een zaak waarin naast art. 8 en art. 14 E.V.R.M., ook de expressievrijheid in het geding is.

Deze arresten en beslissingen van het E.H.R.M. kunnen worden geraadpleegd via de website van het E.H.R.M., <http://www.echr.coe.int> (Hudoc).

1. E.H.R.M.

14 september 2010
(Grote Kamer)
SANOMA UITGEVERS B.V. t. NEDERLAND

Unaniem heeft de Grote Kamer van het Europees Mensenrechtenhof een eerder arrest van de derde sectie van het Hof in een zaak van bescherming van journalistieke bronnen van tafel geveegd. In toepassing van art. 10 E.V.R.M. moeten volgens de Grote Kamer stevige procedurele waarborgen het journalistiek bronnengeheim ondersteunen. Politie en parket mogen geen onbetamelijke druk zetten op redacties en journalisten en ook niet zelf tot actie overgaan: een bevel tot mededeling of de inbeslagneming van documenten die mogelijks de identiteit van journalistieke bronnen kunnen onthullen mag enkel na beslissing door een rechter of een andere onafhankelijke en onpartijdige instantie.

Dat is de essentie van het arrest waarnaar met veel interesse werd uitgekeken door de journalistieke sector in de zaak die de Finse uitgever Sanoma had ingeleid in Straatsburg naar aanleiding van het beslag op een CD-ROM bij de redactie van *AutoWeek*, een Sanoma-magazine. De redactie van *Autoweek* bleek immers te beschikken over een reeks foto's van een illegale straatrace waarvoor de Nederlandse justitie interesse had. De journalisten van *Autoweek* hadden de foto's kunnen maken voor een reportage, op voorwaarde dat de anonimiteit van de deelnemers gewaarborgd bleef. Korte tijd later bleek het evenement relevant voor de oplossing van een serie gewelddadige roofovervallen en bankkraken en meer bepaald voor de identificatie van een vluchtauto en van twee verdachten. Eerst vorderden twee politiefunctionarissen de afgifte van de foto's van de straatrace, maar de hoofdredacteur weigerde aan het bevel gevolg te geven, rekening houdend met de belofte om de anonimiteit van de deelnemers aan de race te respecteren. De politie dreigde daarop de hoofdredacteur te arresteren en over te zullen gaan tot tijdelijke sluiting van het kantoor en de redactielokalen om een huiszoeking te organiseren. De hoofdredacteur werd ook effectief gearresteerd omdat hij weigerde gevolg te geven aan een ambtelijk bevel. Enkele uren later werd hij, via tussenkomst van de ondertussen ter plekke gearriveerde procureur, terug in vrijheid gesteld. Na overleg tussen de procureur (in Nederland: de officier van justitie) en de onderzoeksrechter (in Nederland: de rechter-commissaris) en na een telefonisch onderhoud met de advocaat van Sanoma liet de onderzoeksrechter verstaan dat de hoofdredacteur zich niet kon beroepen op het journalistiek bronnengeheim, gelet op de noden van het strafonderzoek in de zaak van de bankkraken. Hierop overhandigde de advocaat van Sanoma, onder protest, een CD-ROM met foto's aan de procureur, die de CD-ROM formeel in beslag nam.

Sanoma betwiste later voor de rechtbank de inbeslagname van het journalistiek materiaal. De rechtbank besliste wel dat de CD-ROM moest worden teruggegeven, maar de inbeslagname zelf was volgens de Nederlandse rechtcolleges rechtsgeldig en gerechtvaardigd omdat het opsporingsbelang in deze zaak zwaarder doorwoog dan het recht op vrije nieuwsgaring of de bescherming van journalistieke bronnen. Ook cassatieberoep bij de Hoge Raad werd afgewezen.

Met een krappe meerderheid was het Europees Mensenrechtenhof in 2009 van oordeel dat art. 10 E.V.R.M. niet geschonden was, al vond het Hof het wel verontrustend ("*disquieting*") dat journalistiek materiaal kan in beslag genomen worden zonder bevel vooraf van een rechter (§ 62). Ook werd opgemerkt dat de actie van de politie en het openbaar ministerie een betreurenswaardig gebrek aan terughoudendheid toonde : "*the actions of the police and the public prosecutors were characterised by a regrettable lack of moderation*" (§ 63). Maar ten

gronde was de derde sectie van het Hof van oordeel dat er geen sprake was van een schending van art. 10 E.V.R.M.: de inbeslagname van de foto's was wel degelijk gerechtvaardigd in het kader van het opsporingsonderzoek naar de verdachten van de gewelddadige roofovervallen (*E.H.R.M. 31 maart 2009, Sanoma Uitgevers B.V. t. Nederland*).

De uitspraak lokte stevig protest uit: Sanoma, hierin gesteund door een indrukwekkende coalitie van professionele organisaties van journalisten (oa IPI, IFJ, NvJ en VVOJ), NGOs (oa. Article 19, Open Justice Initiative, Index on Censorship, Media Legal Defence Initiative) en uitgevers (The Guardian, New York Times, Time, La Repubblica, Reuters en World Association of Newspapers and News Publishers), vroeg en kreeg een verwijzing naar de Grote Kamer.

In het arrest van 14 september 2010 komt de Grote Kamer de kritiek op het arrest van de derde sectie ruimschoots tegemoet. Alle 17 rechters, de Nederlandse rechter inclusief ditmaal, laten er geen twijfel over bestaan dat in deze zaak wel degelijk art. 10 E.V.R.M. geschonden is, met name door de mogelijkheid die de Nederlandse wet openlaat voor een te eigengereid optreden van politie en parket in dit soort zaken. Politie en parket zijn immers geneigd om als betrokken 'partij' te weinig rekening te houden met het belang dat gemoeid is met de journalistieke bronbescherming en daarom moet vooraf, *ex ante*, de tussenkomst van een rechter of van een andere onpartijdige en onafhankelijke instantie gewaarborgd zijn. Een rechterlijke beslissing moet tegelijk garanderen dat een grondige analyse gebeurt van de noodzakelijkheid van de inzage of inbeslagname, gebaseerd op een "*overriding requirement in the public interest*". Hierbij moet niet enkel aangetoond worden dat er een uitermate zwaarwegend publiek belang in het geding is dat de inzage in journalistieke bronnen rechtvaardigt, maar ook dat de informatie cruciaal is voor het onderzoek of de waarheidsvinding en er geen alternatieven (meer) zijn om bepaalde sporen, getuigen of bewijzen te achterhalen. Het Hof zegt er zich van bewust te zijn dat in dringende omstandigheden een voorafgaandelijke tussenkomst van de rechter niet steeds mogelijk is, maar ook dan moeten er waarborgen zijn zodat de effectieve inzage door politie of parket maar kan gebeuren na beslissing door een rechterlijke instantie. Ofwel moet in dit geval een procedure gevolgd worden om materiaal dat mogelijk onder de journalistieke bronbescherming valt te isoleren van andere documenten die dit risico niet vertonen.

Interessant is de vaststelling van het Hof dat in deze zaak wel degelijk het bronnengeheim ter discussie stond, ook al konden de journalisten of redactie van *Autoweek* geen bewijs leveren of schriftelijke verklaring voorleggen waarmee zou aangetoond zijn dat aan de personen die gefotografeerd werden in het kader van de straatrace vertrouwelijkheid of anonimiteit was gewaarborgd.

"64. Turning to the present case, the Court is of the view that although the question has been the subject of much debate between the parties, it is not necessary to determine whether there actually existed an agreement binding the applicant company to confidentiality. The Court agrees with the applicant company that there is no need to require evidence of the existence of a confidentiality agreement beyond their claim that such an agreement existed. Like the Chamber, the Court sees no reason to disbelieve the applicant company's claim that a promise had been made to protect the cars and their owners from being identified.

65. As the Government correctly state, in the present case the authorities did not require the applicant company to disclose information for the purposes of the identification of the street race participants, but only to surrender photographs which in the applicant company's submission might, upon examination, lead to their identification. However, in Nordisk Film &

TV A/S v. Denmark (..) the Court held that the decision of the Danish Supreme Court to compel the applicant company to hand over unedited footage constituted an interference within the meaning of Article 10 § 1 of the Convention despite the finding that the affected persons were not to be considered “anonymous sources of information” within the meaning of the case-law of the Court (..). In its decision the Court accepted the possibility that Article 10 of the Convention might be applicable in such a situation and found that a compulsory handover of research material might have a chilling effect on the exercise of journalistic freedom of expression”.

Hoewel er in deze zaak geen huiszoeking is geweest, vindt het Hof dat de dreiging van een huiszoeking met mogelijke inbeslagnames wel ernstig te nemen was en dat in elk geval de perceptie was gewekt dat een dergelijke actie mogelijk was. Het Hof wijst erop dat *“while it is true that no search or seizure took place in the present case, the Court emphasises that a chilling effect will arise wherever journalists are seen to assist in the identification of anonymous sources”* (art. 71). Er was m.a.w. wel degelijk sprake van een overheidsinmenging in de aan de expressievrijheid gerelateerde bescherming van journalistieke bronnen.

Voor deze overheidsinmenging is volgens het Hof evenwel geen voldoende wettelijke basis, met name om er aantal garanties ontbreken alvorens beslag kan worden gelegd op de journalistieke bronnen. Het Hof gaat daarbij uit van de bekende principes die verband houden met de *“quality of law”* zoals geëist door het legaliteitsbeginsel dat vervat zit in art. 10 § 2 E.V.R.M. en als voorwaarde stelt dat de overheidsinmenging moet bij wet voorzien zijn (§ 81-83). Toegepast op de zaak stelt het Hof:

“88. Given the vital importance to press freedom of the protection of journalistic sources and of information that could lead to their identification any interference with the right to protection of such sources must be attended with legal procedural safeguards commensurate with the importance of the principle at stake.

89. The Court notes that orders to disclose sources potentially have a detrimental impact, not only on the source, whose identity may be revealed, but also on the newspaper or other publication against which the order is directed, whose reputation may be negatively affected in the eyes of future potential sources by the disclosure, and on members of the public, who have an interest in receiving information imparted through anonymous sources (..).

90. First and foremost among these safeguards is the guarantee of review by a judge or other independent and impartial decision-making body. The principle that in cases concerning protection of journalistic sources “the full picture should be before the court” was highlighted in one of the earliest cases of this nature to be considered by the Convention bodies (..). The requisite review should be carried out by a body separate from the executive and other interested parties, invested with the power to determine whether a requirement in the public interest overriding the principle of protection of journalistic sources exists prior to the handing over of such material and to prevent unnecessary access to information capable of disclosing the sources' identity if it does not.

91. The Court is well aware that it may be impracticable for the prosecuting authorities to state elaborate reasons for urgent orders or requests. In such situations an independent review carried out at the very least prior to the access and use of obtained materials should be sufficient to determine whether any issue of confidentiality arises, and if so, whether in the particular circumstances of the case the public interest invoked by the investigating or prosecuting authorities outweighs the general public interest of source protection. It is clear, in the Court's view, that the exercise of any independent review that only takes place

subsequently to the handing over of material capable of revealing such sources would undermine the very essence of the right to confidentiality.

92. Given the preventive nature of such review the judge or other independent and impartial body must thus be in a position to carry out this weighing of the potential risks and respective interests prior to any disclosure and with reference to the material that it is sought to have disclosed so that the arguments of the authorities seeking the disclosure can be properly assessed. The decision to be taken should be governed by clear criteria, including whether a less intrusive measure can suffice to serve the overriding public interests established. It should be open to the judge or other authority to refuse to make a disclosure order or to make a limited or qualified order so as to protect sources from being revealed, whether or not they are specifically named in the withheld material, on the grounds that the communication of such material creates a serious risk of compromising the identity of journalist's sources (...). In situations of urgency, a procedure should exist to identify and isolate, prior to the exploitation of the material by the authorities, information that could lead to the identification of sources from information that carries no such risk (...).

Het Hof komt tot de conclusie dat door het ontbreken van bij wet voorziene procedurele waarborgen niet voldaan is aan de legaliteitsvoorwaarde :

“100. In conclusion, the quality of the law was deficient in that there was no procedure attended by adequate legal safeguards for the applicant company in order to enable an independent assessment as to whether the interest of the criminal investigation overrode the public interest in the protection of journalistic sources. There has accordingly been a violation of Article 10 of the Convention in that the interference complained of was not “prescribed by law””.

Een verdere toetsing aan art. 10 § 2 E.V.R.M., met o.a. de vraag of de gewraakte inmenging beantwoordde aan een dwingende sociale behoefte en evenredig was met het gestelde legitieme doel, was in dit geval niet meer nodig:

“101. Having reached the conclusion that, given the absence of the requisite procedural safeguards, the compulsion by the authorities to disclose information in the present case was not “prescribed by law” as required by this provision, the Court need not ascertain whether the other requirements of the second paragraph of Article 10 of the Convention were complied with in the instant case – namely, whether the interference pursued one of the legitimate aims stated in that paragraph and whether it was necessary in a democratic society in pursuance of such aim”.

Het arrest van de Grote Kamer van 14 september 2010 impliceert dat Nederland nu wel echt het in de wet of in andere regelgeving inschrijven van bepaalde waarborgen voor journalistieke bronbescherming niet langer voor zich uit kan schuiven. Inspiratie kan de Nederlandse minister van justitie alvast vinden in de Belgische bronnenwet van 7 april 2005, die immers wel een waarborg heeft ingebouwd voor journalistieke bronbescherming: enkel op vordering van de rechter kan een bevel worden opgelegd om journalistieke bronnen vrij te geven (art. 4 Bronnenwet). Het arrest van de Grote Kamer heeft overigens ook gevolgen buiten Nederland: alle lidstaten moeten nu nagaan of de procedurele en ruime bescherming die het Europees Hof eist, ook effectief in rechte gewaarborgd is. Duidelijk is dat al te ijverige politiediensten en procureurs, maar ook veiligheids- en inlichtingendiensten het Sanoma-arrest meteen ernstig moeten nemen : het komt enkel de (onderzoeks)rechter of een onafhankelijke en onpartijdige instantie toe om een beslissing te nemen tot inzage van

apparaten, documenten of bestanden die informatie bevatten van journalistieke bronnen (§ 92). Met het arrest in de zaak *Sanoma Uitgevers B.V. t. Nederland* heeft de Grote Kamer, in tegenstelling tot de meerderheid van de derde sectie, blijk gegeven van de inschatting van het maatschappelijk belang dat met de journalistieke bronbescherming gemoeid is, overigens opnieuw geheel in lijn met de eerdere Straatsburgse rechtspraak die het journalistiek bronnengeheim als cruciaal beschouwt “*for press freedom in a democratic society*”.

2. E.H.R.M.

14 september 2010

(2^{de} sectie)

DINK t. TURKIJE

Deze zaak betreft de klacht van de weduwe, broer en kinderen van de in 2007 vermoorde journalist en hoofdredacteur Firat (Hrant) Dink. Dink werd vervolgd wegens een aantal artikels waarin hij felle kritiek leverde op de houding van de Turkse overheid bij het negeren van de vraag om erkenning van de genocide in 1915 op de Armeense bevolking. Kort nadat het Hof van Cassatie zijn veroordeling bevestigde, werd hij vermoord door ultranationalisten die eerder al Dink met de dood hadden bedreigd omdat hij de Turkse identiteit had beledigd. In essentie voerden de klagers in Straatsburg de schending aan van art. 2 en 10 E.V.R.M., in het arrest als volgt verwoord: “*Les requérants alléguaient en particulier que le verdict de culpabilité prononcé à l'encontre de Firat Dink, journaliste turc d'origine arménienne, pour « dénigrement de la turcité (Türklük – l'identité turque) », infraction prévue à l'article 301 du code pénal turc, avait enfreint l'article 10 de la Convention et que le fait que les autorités nationales aient failli à protéger sa vie (Firat Dink a été assassiné par une tierce personne peu après la confirmation du verdict par la Cour de cassation) avait emporté violation de l'article 2 de la Convention*” (§ 3).

In een omstandig arrest wijst het Europees Hof erop dat de Turkse rechtscolleges een te brede invulling hebben gegeven aan de Turkse strafwetgeving betreffende het beledigen van de Turkse identiteit en daarmee een te verre gaande beperking hebben opgelegd aan de (politieke) expressievrijheid:

“132. La Cour observe qu'interprétées de cette façon, les notions de turcité (Türklük) ou de nation turque devenaient pour la Cour de cassation les symboles de la politique concrète des institutions de l'Etat sur un point précis, celui de l'identité de la minorité arménienne. Dès lors, toute critique dirigée contre cette politique ou, en d'autres termes, contre la thèse officielle à ce sujet pourrait passer pour avoir « dénaturé, dévalorisé ou méprisé » la turcité (Türklük) ou la nation turque. A la lumière de ces observations, la Cour constate que, dans la présente affaire, la Cour de cassation, en déclarant le requérant coupable pour ses propos, l'a sanctionné indirectement pour avoir critiqué le fait que les institutions de l'Etat nient la thèse de génocide quant aux incidents de 1915.

(..)

134. La Cour observe cependant que la série d'articles en question, lue dans son ensemble, n'incite ni à l'usage de la violence, ni à la résistance armée, ni au soulèvement, ce qui, à ses yeux, est un élément essentiel à prendre en considération.

135. Même si cet élément n'est pas déterminant, la Cour prend aussi en compte le fait que Firat Dink s'exprimait en sa qualité de journaliste et rédacteur en chef d'un journal bilingue turco-arménien, traitant de questions relatives à la minorité arménienne, dans le cadre de son rôle d'acteur de la vie politique turque. Lorsque Firat Dink exprimait son ressentiment face aux attitudes qu'il considérait comme une négation des incidents de 1915, il ne faisait que

communiquer ses idées et opinions sur une question relevant incontestablement de l'intérêt général dans une société démocratique. La Cour considère qu'il est primordial dans une telle société que le débat engagé relatif à des faits historiques d'une particulière gravité puisse se dérouler librement (...). Elle a par ailleurs eu l'occasion de noter que « la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression » et « qu'il ne lui revient pas d'arbitrer » une question historique de fond qui relève d'un débat public toujours en cours (...). De plus, selon la Cour, les articles rédigés par Fırat Dink n'avaient aucun caractère « gratuitement offensant », ni injurieux et ils n'incitaient ni à l'irrespect ni à la haine.

136. Il s'ensuit que le fait de déclarer Fırat Dink coupable pour dénigrement de la turcité (Türklük) ne correspondait à aucun « besoin social impérieux », l'une des principales conditions justifiant la nécessité d'une ingérence à la liberté d'expression dans une société démocratique”.

Niet enkel hadden de Turkse overheden zich dus moeten onthouden van strafvervolging en bestrafing naar aanleiding van de publicaties van Dink, zij hadden in plaats daarvan eerder de journalist bescherming moeten geven naar aanleiding van de vijandige en intimiderende reacties op zijn publicaties. Onder de noemer “obligations positives de l'Etat” is het Hof van oordeel:

“137. En réponse aux griefs des autres requérants selon lesquels le verdict de culpabilité aurait désigné Fırat Dink comme une cible pour les groupes ultranationalistes, qui l'ont finalement assassiné, la Cour réitère ses considérations concernant les obligations positives de l'Etat en matière de liberté d'expression (§ 106). Elle estime aussi que les obligations positives en la matière impliquent, entre autres, que les Etats sont tenus de créer, tout en établissant un système efficace de protection des auteurs ou journalistes, un environnement favorable à la participation aux débats publics de toutes les personnes concernées, leur permettant d'exprimer sans crainte leurs opinions et idées, même si celles-ci vont à l'encontre de celles défendues par les autorités officielles ou par une partie importante de l'opinion publique, voire même sont irritantes ou choquantes pour ces dernières.

138. Dans ce contexte, la Cour réitère ses constats concernant les circonstances particulières de l'affaire exerçant un effet sur la qualité de victime du requérant Fırat Dink, tels qu'exposées au paragraphe 107 ci-dessus. Elle estime que, dans ces circonstances, le manquement des forces de l'ordre à leur devoir de protéger la vie de Fırat Dink contre l'attaque des membres d'un groupe ultranationaliste (...), ajouté au verdict de culpabilité prononcé par les juridictions pénales en l'absence de tout besoin social impérieux (...), a aussi entraîné, de la part du Gouvernement, un manquement à ses obligations positives au regard de la liberté d'expression de ce requérant”.

Op die basis concludeert het Hof dat er een schending is van art. 10 E.V.R.M.

“139. A la lumière de ces considérations, la Cour conclut que la confirmation du verdict de culpabilité pris à l'encontre de Fırat Dink par les juridictions pénales, pris isolément ou combiné avec l'absence de mesures protégeant celui-ci contre l'attaque fatale des militants ultranationalistes, a constitué une atteinte injustifiée à son droit à la liberté d'expression. Il y a donc eu violation de l'article 10 de la Convention”.

Voor het overige stelt het Hof eveneens een inbreuk vast op art. 2 E.V.R.M. en op art. 13 jo. Art. 2 E.V.R.M. : “La Cour conclut que le classement sans suite des instructions pénales déclenchées contre les responsables de la gendarmerie et de la police de Trabzon ainsi que de celles de la police d'Istanbul pour défaillances dans la protection de la vie de Fırat Dink

s'analyse en une méconnaissance des exigences de l'article 2 de la Convention, en vertu duquel une enquête effective devait être menée afin d'identifier et, éventuellement, de sanctionner les auteurs de ces manquements” (§ 91). Betreffende de schending van art. 13 in combinatie met art. 2 E.V.R.M. stelt het Hof: “Eu égard à ses conclusions relatives au grief tiré de l'article 2, la Cour ne peut que conclure au caractère « défendable » de celui-ci aux fins de l'article 13. Les requérants auraient donc dû pouvoir exercer des recours effectifs en théorie comme en pratique, c'est-à-dire susceptibles de mener à l'identification et à la sanction des responsables des omissions et négligences dans la protection de la vie de Firat Dink et à l'octroi d'une indemnité. L'absence d'une enquête pénale effective quant aux événements susmentionnés amène donc la Cour à constater également une violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 2 de celle-ci, les requérants ayant été ainsi privés de l'accès à d'autres recours théoriquement disponibles, tels qu'une action en dommages-intérêts” (§ 145).

In een afzonderlijke persoonlijke mening maakt de Hongaarse rechter Sajó duidelijk dat de positieve verplichtingen voor de staat om de expressievrijheid van journalisten te beschermen, nauwkeuriger dienen afgelijnd te worden. Er kan immers geen sprake van zijn dat die positieve verplichtingen zouden aangegrepen worden om bijvoorbeeld op te treden tegen betogingen of acties die zelf tenvolle de bescherming van art. 10 of 11 E.V.R.M. verdienen. Hij wijst erop:

“Mais lorsqu'il s'agit des obligations positives au regard de l'article 10, il faut toujours se garder de ne pas verser dans le paternalisme. Au côté positif de la protection de la presse peuvent correspondre des restrictions à la liberté d'expression. Par exemple, toute critique de la presse peut occasionner des mesures de protection avantageant la presse (la plupart du temps, évidemment, la presse pro-gouvernementale). Les abus de l'Etat sont souvent commis au nom des obligations positives. Dans le contexte de l'article 10, ces obligations doivent être liées à des activités journalistiques spécifiques. Lorsque la vie de journalistes est menacée, le devoir de protection se confond avec les obligations positives de l'Etat au regard de l'article 2, lesquelles ont un contenu spécifique à deux égards :

- de même que les crimes ayant une motivation raciste appellent des devoirs spéciaux en matière d'enquête (..), un meurtre motivé par le souhait de réduire un journaliste au silence devrait également impliquer des obligations spéciales d'investigations comparables, selon les principes exposés dans l'affaire Šečić c. Croatie ((..), qui concernait une agression à caractère raciste).

- quant aux mesures préventives à prendre, j'estime que toute menace d'atteinte à l'intégrité physique de journalistes est à prendre au sérieux et sa réalité doit être présumée. Le journaliste qui en fait l'objet doit bénéficier de la part des autorités d'un degré élevé de protection, eu égard à la probabilité que cette menace soit mise à exécution et à l'intérêt général attaché aux droits relevant de l'article 10 (toute attaque contre la presse produit un effet dissuasif général). En d'autres termes, protéger l'intégrité physique des journalistes ne relève pas simplement du pouvoir discrétionnaire d'un ministre, ainsi que semblent l'entendre les autorités turques”.

Interessant is zeker ook de opvatting van Sajó, die het wel eens is met de vaststelling van de schending van art. 10 E.V.R.M. door het Hof, maar van het E.H.R.M. een striktere toepassing verwacht van art. 10 § 2 E.V.R.M. Volgens Sajó had het E.H.R.M. niet eens de concrete kenmerken van de zaak hoeven te bekijken, want volgens hem is de bepaling van art. 301 van het Turkse strafwetboek die het beledigen van de Turkse identiteit strafbaar stelt, op zichzelf reeds een inbreuk op art. 10 E.V.R.M. Een dergelijke beperking kan immers niet

ondergebracht worden bij één van de limitatief opgesomde redenen in art. 10 § 2 E.V.R.M. tot legitimatie van een overheidsinmenging in de expressievrijheid. De verwijzing naar de Turkse identiteit is ook veel te vaag, waardoor art. 301 Sw. aanleiding kan geven tot arbitraire toepassingen. Deze beperking op de expressievrijheid voldoet volgens Sajó niet aan de voorwaarde “voorzien bij wet”.

Voor Sajó gaat het om een principiële opstelling teneinde het Hof op een ander spoor te krijgen in dit soort zaken. Hij wil m.n. de impact van de uitspraken van het Hof op die manier vergroten. In plaats van in een concrete zaak tot het besluit te komen dat de gewraakte overheidsinmenging een onevenredig karakter heeft en daarom niet noodzakelijk is in een democratische samenleving, kan maar beter geopteerd worden voor een uitspraak van het Europees Hof waarin duidelijk wordt gemaakt dat de toepassing van bepaalde beperkingen op de expressievrijheid op zichzelf in strijd is met art. 10 E.V.R.M.

Sajó formuleert zijn uitgangspunt als volgt: *“La plupart des arrêts de la Cour concernant l'article 10 exposent une analyse complète des questions de proportionnalité, mais dans certains cas, comme en l'espèce, pareille approche n'est pas la meilleure façon de protéger la liberté d'expression. La base circonstancielle d'une telle analyse fait que toute personne souhaitant se prévaloir de la liberté d'expression garantie par l'article 10 est constamment exposée à la tentation de l'autocensure. Lorsqu'elle est soumise à l'arbitraire de restrictions juridiques aux contours trop larges ou trop flous, elle peut faire l'objet de poursuites, et en est réduit à espérer qu'une instance nationale ou la Cour jugera sa condamnation disproportionnée. Mais il lui est impossible de deviner à l'avance ce qui sera qualifié de « disproportionné ». Par exemple, une personne condamnée à une peine ou amende légère n'aura pas gain de cause pour des propos qui auraient bénéficié de la protection de l'article 10 dans d'autres affaires. Si elle est relaxée ou n'écope que d'une faible sanction, les poursuites judiciaires échapperont au radar de la Cour, alors même que ces poursuites, en soi, s'apparentent à un « châtement », dans le sens d'un sérieux désagrément. D'où un phénomène d'autocensure, peu de personnes acceptant de s'exposer à une action en justice”.*

In zijn “*opinion concordante*” voert Sajó dan ook aan:

“Eu égard à ce précède, et à la propension de l'article 301 du code pénal turc à faciliter les abus, j'estime que la disposition applicable contenue dans cet article ne poursuit pas un but légitime reconnu par la Convention de nature à fonder une restriction à la liberté d'expression. Si la Cour a exprimé des doutes quant à l'existence de préoccupations d'ordre public, je ne vois pour ma part en l'espèce tout simplement aucun motif qui puisse justifier d'ériger en infraction le dénigrement de la « turcité » (Türklük). Lorsque la loi même porte atteinte à la liberté d'expression, comme en l'espèce, nous ne devrions pas donner l'impression que c'est seulement la charge disproportionnée occasionnée par son application dans le cas d'espèce qui fait que la restriction litigieuse emporte violation de la Convention. Face à ce type de loi, point n'est besoin de se livrer à une analyse exhaustive de la proportionnalité pour déterminer « si l'ingérence était « nécessaire » pour atteindre les buts allégués ». Par ailleurs, l'article 301 du code pénal turc est également inacceptable en ce qu'il ne saurait passer pour remplir la condition de prévisibilité ; en effet, il ne donne aucune orientation et l'interprétation qu'en fait la Cour de cassation manque de netteté.

Je vois mal comment le fait d'ériger en infraction le dénigrement de l'identité turque pourrait relever de l'un ou l'autre des motifs de restriction autorisés au titre du second paragraphe de l'article 10. Le Gouvernement fait valoir la préservation de l'ordre public, sans plus de précision. Comment, dans des circonstances normales, un discrédit jeté sur des

institutions peut-il réellement porter atteinte à l'ordre public ? Là, nous ne pouvons que nous perdre en conjectures. Même des descriptions exagérées ou injurieuses du fonctionnement d'institutions publiques relèvent du débat sur des questions d'intérêt général, et je ne vois pas comment on peut soutenir qu'elles risquent de déboucher sur des violences ou des troubles quelconques à l'ordre public, indépendamment même de l'exigence de démontrer qu'ils revêtent un caractère avéré et imminent. Si l'intérêt d'ordre public allégué se fonde sur l'idée qu'une attaque présumée contre la « turcité » jette le discrédit sur « les institutions publiques », alors il convient de qualifier cette thèse de pure spéculation et de la rejeter sans autre analyse”.

Na een omstandige analyse waarin hij aanvoert waarom art. 310 van het Turkse Strafwetboek noch de bescherming van de rechten van anderen, noch de bescherming van de openbare orde of het voorkomen van misdrijven beoogt, geeft Sajó finaal volgende kritische opmerking mee:

“La Cour conclut que le sens qu'il faut attribuer aux propos de Firat Dink est qu'il a attaqué la politique menée par l'Etat et ses institutions à l'égard de la communauté arménienne. Par conséquent, elle estime, à la lumière de l'article 301 du code pénal turc, « se rapportant à la « nation turque », donc à l'un des éléments constitutifs de l'Etat, que l'identité turque s'apparentait à l'Etat lui-même, tel qu'il se matérialise concrètement dans la politique menée par son Gouvernement et dans les actes de ses institutions » (paragraphe 131). La seule raison justifiant cette lecture de l'arrêt de la Cour de cassation tient au fait que d'une certaine façon l'Etat est lié à la nation turque, les deux notions apparaissant dans la même phrase : « selon la Cour de cassation, l'identité turque se référerait à l'un des éléments constituant de l'Etat, l'élément humain, c'est à dire à la « nation turque » (paragraphe 130). Je trouve cette association malaisée.

Dès lors, je ne peux souscrire à la conclusion de la Cour selon laquelle « dans la présente affaire, la Cour de cassation, en déclarant le requérant coupable pour ses propos, l'a sanctionné indirectement pour avoir critiqué le fait que les institutions de l'Etat nient la thèse de génocide quant aux incidents de 1915 » (paragraphe 132). En réalité, la Cour de cassation a estimé que l'analyse des « incidents » de 1915 était protégée par la liberté d'expression. Après tout, M. Dink ne faisait que dire que le « problème de l'empoisonnement » devait être résolu selon les valeurs communes de l'humanité et selon sa conscience individuelle. C'est en érigeant en infraction ce type de point de vue personnel (qui laisse la question de la qualification du Grand Crime en génocide à la conscience de chacun) que la Cour de cassation apporte son soutien à une position officielle exclusive de toute autre thèse. Or le diktat d'une pensée gouvernementale unique dans un débat d'opinions ne saurait se concilier avec la liberté d'expression”.

Maar laat het duidelijk zijn: dit was niet de zienswijze van de zes andere rechters van het Europees Hof die hun vaststelling van schending van art. 10 E.V.R.M. wel concretiseerden in het licht van de specifieke kenmerken van de zaak Dink. De meerderheid van zes rechters liet wel duidelijk verstaan dat zij hun twijfels hadden bij art. 301 van het Turkse Strafwetboek als “wet” in de zin van art. 10 § 2 E.V.R.M. en ook van de ingeroepen legitimatiegrond “ter bescherming van de openbare orde” leken zij niet helemaal overtuigd. De meerderheidsopvatting verkoos evenwel de dubbele klacht van schending van art. 10 E.V.R.M. te beoordelen vanuit de vraagstelling of de inmenging noodzakelijk was in een democratische samenleving. Finaal kwam het Hof ook uit op een schending van art. 10 E.V.R.M., zowel in verband met de vervolging en veroordeling van Dink door de Turkse rechtscolleges wegens het beledigen van de Turkse identiteit, als in verband met het tekort

schieten van de Turkse autoriteiten om Dink passende bescherming te bieden naar aanleiding van de dreigementen aan zijn adres.